

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 389.899 - RO (2017/0041272-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : EDNO DAMASCENA DE FARIAS  
**ADVOGADO** : EDNO DAMASCENA DE FARIAS - MT011134  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA  
**PACIENTE** : E. G. S.

## EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. SESSÃO DE JULGAMENTO DE *MANDAMUS* PELO TRIBUNAL A *QUO*. ADVOGADO CONSTITUÍDO. INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO. MANIFESTAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO, PREVIAMENTE INTIMADO. INÉRCIA. INTIMAÇÃO PRÉVIA DO RÉU PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO ADVOGADO. NECESSIDADE. REMESSA DOS AUTOS DIRETAMENTE À DEFENSORIA PÚBLICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE CONFIGURADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do STF e as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
2. Conforme jurisprudência deste Tribunal Superior, não havendo requerimento prévio e expresso por parte do advogado do paciente para realização de sustentação oral nos autos de *habeas corpus*, não há que se falar em nulidade de seu julgamento em sessão cuja data não lhe fora cientificada.
3. Constatada a inércia do advogado constituído na prática de ato processual, necessário, previamente à nomeação de defensor dativo ou de remessa dos autos à Defensoria Pública, a intimação do réu para constituição de novo advogado, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

# Superior Tribunal de Justiça

4. No caso, constato que após a inércia do advogado à época constituído pelo réu no que tange à determinação judicial de produção antecipada de provas, não foi o réu previamente intimado para constituição de novo causídico, tendo o Magistrado, após constatar a inércia deste, determinado diretamente a remessa dos autos à Defensoria Pública, restando manifesto o constrangimento ilegal na espécie.
5. A constatação de que o réu havia procedido à mudança de endereço sem comunicação ao Juízo processante, encontrando-se, pois, em local incerto e não sabido, não constitui subterfúgio, no caso dos autos, para justificar a ausência de intimação prévia do réu para constituição de novo advogado, pois, a remessa dos autos à Defensoria Pública ocorrera por despacho datado de 26/1/2013 (e-STJ fl. 56), enquanto a verificação do fato de estar o réu em local incerto e não sabido ocorrera por despacho judicial datado de 17/12/2013 (e-STJ fl. 71), ou seja, mais de dez meses após a remessa indevida à Defensoria Pública.
6. **Habeas corpus** não conhecido. **Ordem concedida de ofício para, desconstituindo o trânsito em julgado da condenação imposta ao paciente, anular a Ação Penal n. 0001941-67.2012.8.22.0004, somente em relação ao ora paciente E.G.S., desde a nomeação de defensor público para atuação no feito, determinando-se que sejam os atos processuais renovados mediante prévia intimação do réu para constituição de advogado para atuação no processo criminal, tornando-se sem efeito o mandado de prisão expedido contra o paciente para cumprimento da pena a si imposta nesta ação penal, devendo ser, imediatamente, colocado em liberdade, salvo se por outro motivo encontrar-se custodiado.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de maio de 2017(Data do Julgamento)

# Superior Tribunal de Justiça

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

**HABEAS CORPUS Nº 389.899 - RO (2017/0041272-0)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

**IMPETRANTE : EDNO DAMASCENA DE FARIAS**

**ADVOGADO : EDNO DAMASCENA DE FARIAS - MT011134**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA**

**PACIENTE : E. G. S.**

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de E.G.S. apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (HC n. 0011849-92.2014.8.22.0000).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 158, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

O paciente não foi encontrado para citação, bem como não constituiu advogado, o que ensejou a suspensão do processo e do prazo prescricional nos termos do artigo 366 do CPP.

Posteriormente, diante de sua localização, foi pessoalmente intimado, tendo constituído advogado, o qual apresentou resposta preliminar. Diante da determinação judicial de produção antecipada de provas, foi determinada a intimação pessoal do causídico constituído nos autos, o qual permaneceu inerte, ocasionando a remessa dos autos à Defensoria Pública para atuação no feito.

Em seguida, foi determinada a intimação do réu para interrogatório, o qual, contudo, não foi localizado no endereço fornecido nos autos e nem no local de seu trabalho à época, havendo informações de seus empregadores que seu vínculo empregatício já havia se findado.

Foi, então, proferida sentença condenatória em desfavor do paciente à

# Superior Tribunal de Justiça

pena de 5 (cinco) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 157, § 2º, IV, do Estatuto Penalista, tendo o Magistrado determinado a intimação pessoal do defensor público e do réu, por publicação no Diário da Justiça.

A condenação transitou em julgado para a acusação e para a defesa.

O réu, quando encontrado para cumprimento do mandado de prisão contra si expedido, constituiu novo advogado, o qual, por sua vez, solicitou ao Juízo de primeiro grau a declaração de nulidade do procedimento criminal, restando o pedido indeferido.

Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, cujo seguimento foi negado, sob o fundamento de que o instrumento cabível seria a revisão criminal. Manejou-se então o *Habeas Corpus* n. 325.196/RO perante esta Corte, cuja ordem foi concedida "de ofício, para determinar que a Corte *a quo* aprecie a existência de eventual constrangimento ilegal perpetrado em desfavor do paciente".

Em obediência ao acórdão acima transcrito, a Corte local conheceu do prévio *writ*, para denegar a ordem, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 8):

*Habeas corpus. Recurso próprio. Substitutivo. Decisão superior. Conhecimento. Abandono da causa. Intimação pessoal. Mudança de endereço. Comunicação. Inocorrência. Nulidade. Inexistência.*

1. *Não obstante o habeas corpus não ser a via adequada para exame de questões passíveis de recurso próprio, é de se ter dele conhecimento em obediência à decisão de Tribunal Superior.*
2. *Não há que se falar em nulidade em razão da falta de intimação pessoal do acusado quando seu patrono abandona a causa e ocorre a mudança de domicílio sem a devida comunicação nos autos.*
3. *A intimação da sentença ao acusado por edital não acarreta nulidade, mormente quando tenha havido a intimação pessoal do defensor público devidamente nomeado.*

No presente *mandamus*, aduz o impetrante, de início, que a Corte de

# Superior Tribunal de Justiça

origem procedeu ao rejuízoamento do *habeas corpus* maneado na origem sem sua prévia intimação, nada obstante tenha requerido expressamente. Dessarte, pugna pela anulação do juízoamento.

Em seguida, entretanto, pugna "para que não se devolva, mais uma vez, o processo àquele Tribunal". Afirma ser ilegal a condenação do paciente, uma vez que não lhe foi franqueada a possibilidade de escolher advogado de sua confiança. Da mesma forma, entende ser ilegal a intimação por edital de sua condenação, em vez da intimação pessoal.

Pede, inclusive liminarmente, a anulação do juízoamento realizado na origem. Alternativamente, requer seja anulado o processo a partir da nomeação da Defensoria Pública ou anulado o trânsito em julgado.

A liminar foi indeferida às e-Stj fls. 220/222.

Informações prestadas às e-Stj fls. 230/232 e 234/287.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 291/295).

É o relatório.

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 389.899 - RO (2017/0041272-0)**

## **VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A defesa objetiva a declaração de nulidade da sessão de julgamento do *writ* previamente impetrado perante o Tribunal de Justiça de Rondônia por ausência de intimação prévia do advogado constituído para a sessão de julgamento a despeito de pedido expresso para fins de realização de sustentação oral e, pela declaração de nulidade do procedimento criminal a partir da nomeação da Defensoria Pública para atuação no feito, ante a ausência de intimação prévia do réu acerca da inércia do advogado até então constituído nos autos ou, subsidiariamente, pela declaração de

# Superior Tribunal de Justiça

nulidade do trânsito em julgado da condenação, por ausência de intimação pessoal do réu acerca da sentença condenatória apesar de estar assistido, à época, por defensor público.

Quanto à alegação defensiva de nulidade da sessão de julgamento do *mandamus* pela Corte de origem por ausência de intimação prévia do advogado constituído para a sessão de julgamento para fins de realização de sustentação oral, o *writ* não comporta concessão.

Isso porque, após análise da petição do *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (e-STJ fls. 30/49), constatei que o causídico não requereu expressamente a sua intimação para fins de proceder a eventual sustentação oral na Tribuna.

E, conforme jurisprudência deste Tribunal Superior, não havendo requerimento prévio expresso por parte do advogado do paciente para realização de sustentação oral nos autos de *habeas corpus*, não há que se falar em nulidade de seu julgamento em sessão cuja data não lhe fora cientificada.

Nesse sentido:

**PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE DO ACÓRDÃO POR FALTA DE INTIMAÇÃO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL. INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO EXPRESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO EVIDENCIADO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. Pleito de reconhecimento da nulidade do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos de *habeas corpus* por da falta de intimação para a sessão de julgamento.
2. A jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de nulidade no julgado, por cerceamento de defesa, na hipótese em que o recorrente expressamente formula pedido de intimação do advogado constituído da data da sessão de julgamento, para garantir o direito à sustentação oral.
3. Na hipótese, da leitura dos autos, não se verifica qualquer requerimento do impetrante ou manifestação de interesse em realizar sustentação oral, de forma que não restou configurada a violação da garantia constitucional da ampla defesa.

# Superior Tribunal de Justiça

4. *É sólida a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que não se declara a nulidade de ato processual sem a demonstração de prejuízo a uma das partes (pas de nulité sans grief), de acordo com a regra do art. 563 do CPP.*

5. *Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.*

(RHC 54.810/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DO PACIENTE PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRISÃO CAUTELAR. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. *Não havendo prévio requerimento expresso por parte do advogado do paciente, não há que se falar em nulidade do julgamento de habeas corpus realizado em sessão cuja data não lhe foi cientificada.*

*Enunciado n. 431 da Súmula do STF.*

2. *Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.*

3. *Dispõe o art. 387, § 1º, do CPP, que, na sentença, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta".*

4. *"Em hipóteses nas quais o acusado responde ao processo em liberdade, a Sexta Turma deste Superior Tribunal tem decidido que a decretação da prisão cautelar na sentença pressupõe a existência de fatos novos capazes de comprovar a imprescindibilidade do recolhimento ao cárcere" (RHC 60.565/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015).*

5. *In casu, o réu, ora recorrente foi preso em flagrante (13.12.2012), tendo sido convertida a prisão em preventiva. Todavia, em razão de excesso de prazo, o magistrado relaxou a prisão (8.5.2013), ficando o recorrente solto até a prolação da sentença condenatória (3.8.2015), na qual a medida extrema foi decretada em razão da "garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade concreta demonstrada pelos mesmos, a amparar a convicção de que,*



# Superior Tribunal de Justiça

*em liberdade, voltarão a delinquir, prosseguindo na senda criminosa que se desenha nos autos", sem que se tenha declinado qualquer novo elemento que pudesse justificar, já a esta altura, a imposição do encarceramento de quem estava solto há mais dois anos.*

6. *Recurso parcialmente provido, apenas, para que o recorrente possa aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão, ou de medidas cautelares alternativas, caso demonstrada a necessidade."*

*(RHC 68.518/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016)*

*"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA NULIDADE NO PROCESSAMENTO DO WRIT NA ORIGEM. INOCORRÊNCIA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. PERICULOSIDADE. MODUS OPERANDI. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. RECORRENTE FORAGIDO. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.*

*I - Firme a jurisprudência deste STJ no sentido de que: 'Não havendo prévio requerimento expresso por parte do advogado do paciente, não há que se falar em nulidade do julgamento de habeas corpus realizado em sessão cuja data não lhe foi cientificada. Enunciado n. 431 da Súmula do STF' (RHC n. 64.679/SP, SEXTA TURMA, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 11/12/2015).*

*II - Lado outro, a segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes da execução (provisória ou definitiva) da pena. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.*

*III - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados extraídos dos autos, que evidenciam a*

# Superior Tribunal de Justiça

*necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, notadamente se considerado o modus operandi da conduta em tese praticada (homicídio qualificado - assassinato a tiros em sua casa enquanto dormia) e o fato de o recorrente ter se evadido do país após a prática do delito, estando foragido nos EUA até a presente data (precedentes).*

*IV - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese.*

*Recurso ordinário desprovido."*

*(RHC 66.177/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 30/05/2016)*

Aliás, devo observar que o advogado constituído somente requerera sua intimação prévia para a sessão de julgamento nos autos do agravo regimental interposto contra a decisão que, monocraticamente, negou seguimento ao *mandamus* impetrado pela defesa. E, conforme se infere do artigo 272, I, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, não se permite a realização de sustentação oral em julgamento de agravos internos, razão pela qual não constato nenhuma ilegalidade neste pormenor.

Quanto à suposta ilegalidade decorrente da ausência de intimação prévia do paciente pela inércia do seu advogado constituído à época antes da remessa dos autos à Defensoria Pública, necessário uma digressão histórica dos fatos processuais.

O paciente foi denunciado, com outros corréus, pela suposta prática do crime previsto no artigo 158, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Ante a sua não localização, foi determinada a sua citação por edital, circunstância que somada à ausência de constituição de advogado, ensejou a suspensão do processo e do prazo prescricional nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, prosseguindo o feito em relação aos demais réus, sobrevivendo, contra estes a sentença condenatória. Posteriormente, foi o

# Superior Tribunal de Justiça

paciente localizado, ocasião em que se determinou sua intimação pessoal, tendo este constituído advogado particular, o qual, por sua vez, apresentou a resposta preliminar.

O Juízo de primeiro grau determinou a produção antecipada de provas, determinando a intimação pessoal do advogado constituído para manifestação em 4/12/2012 (e-STJ fl. 55), tendo este permanecido inerte. Em 26/1/2013 e em razão da inércia do advogado, o Magistrado, por mais uma vez, determinou a intimação pessoal do causídico para manifestação, asseverando que sua inércia implicaria, de imediato, na remessa dos autos à Defensoria Pública (e-Stj fl. 56).

Ante a inércia do advogado à época constituído pelo réu, o Juízo de primeiro grau determinou, sem prévia intimação, pessoal ou por edital, do réu, a remessa dos autos à Defensoria Pública, a qual, uma vez intimada, igualmente não se manifestou acerca da determinação judicial de produção antecipada de provas.

Em despacho proferido no dia 18/11/2013, quase dez meses após a remessa dos autos à Defensoria Pública, foi determinada a intimação do réu para realização de seu interrogatório, ficando atestado pelo oficial de justiça que o mesmo não mais residia no endereço fornecido nos autos, bem como que não se encontrava na empresa que possuía vínculo empregatício (e-STJ fls. 70/71), determinando o Magistrado o prosseguimento do feito sem a presença do réu.

Constato, assim, que após a inércia do advogado à época constituído pelo réu no que tange à determinação judicial de produção antecipada de provas, não foi o réu previamente intimado para constituição de novo causídico, tendo o Magistrado, após constatar a inércia deste, determinado diretamente a remessa dos autos à Defensoria Pública.

Aliás, a constatação de que o réu havia procedido à mudança de endereço sem comunicação ao Juízo processante, encontrando-se, pois, em local incerto e não sabido, não constitui subterfúgio, no caso dos autos, para justificar a ausência de intimação prévia do réu para constituição de novo advogado, pois, a remessa dos autos

# Superior Tribunal de Justiça

à Defensoria Pública ocorrera por despacho datado de 26/1/2013 (e-STJ fl. 56), enquanto a verificação do fato de estar o réu em local incerto e não sabido ocorrera por despacho judicial datado de 17/12/2013 (e-STJ fl. 71), ou seja, mais de dez meses após a remessa indevida à Defensoria Pública.

É certo que este Tribunal Superior pelas duas Turmas que compõem a Terceira Seção, vêm afirmando que *em respeito às garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, verificada a inércia do profissional constituído, configura cerceamento de defesa a nomeação direta de defensor dativo sem que antes seja dada oportunidade ao acusado constituir novo advogado de sua confiança* (HC n. 291.118/RR, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, Dje 14/8/2014).

E, ainda, que, *"no caso de inércia do advogado constituído, deve ser o acusado intimado para constituir novo advogado para a prática do ato, inclusive por edital, caso não seja localizado e, somente caso não o faça, deve ser nomeado advogado dativo, sob pena de, em assim não se procedendo, haver nulidade absoluta"* (REsp. n. 1.512.879/MA, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, Dje 6/10/2016).

E ainda:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS  
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO  
INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O  
TRÁFICO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.  
INVIABILIDADE DE ANÁLISE. VIOLAÇÃO DO DIREITO  
CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.  
INÉRCIA DO PROCURADOR CONSTITUÍDO. INTIMAÇÃO DO  
RÉU PARA MANIFESTAÇÃO. SÚMULA 523 DO STF. PAS DE  
NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. WRIT NÃO  
CONHECIDO.*

- 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

# Superior Tribunal de Justiça

2. *Como cediço, em sede de habeas corpus, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao impetrante apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado.*
  3. *In casu, a defesa não se desincumbiu de provar que o paciente constituiu advogado para sua defesa antes da apresentação da defesa prévia pela Defensoria Pública da União.*
  4. *A fim de regularizar a situação processual do paciente, em respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e verificada a inércia do profissional constituído, foi dada oportunidade ao acusado de constituir novo advogado de sua confiança, momento em que optou pelo patrocínio da DPU na sua defesa.*
  5. *Não se sustenta a alegação genérica de cerceamento de defesa por falta de intimação do advogado constituído, pois, a teor da Súmula 523 do STF, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".*
  6. *Hipótese em que não se verifica nenhum prejuízo sofrido pelo paciente, uma vez que a defesa prévia foi devidamente oferecida pela Defensoria Pública.*
  7. *Habeas corpus não conhecido.*
- (HC 312.020/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 25/11/2016)*

E, da Sexta Turma:

**HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. EXTORSÃO. INÉRCIA DA DEFESA PARA APRESENTAR CONTRARRAZÕES. RÉU NÃO LOCALIZADO NO ENDEREÇO DOS AUTOS. FALTA DE INTIMAÇÃO POR EDITAL PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO ANTES DA NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE. OCORRÊNCIA. RÉU CITADO PESSOALMENTE NO LOCAL. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORA DATIVA DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PREJUÍZO CONCRETO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. *Constatada a inércia do advogado constituído, o réu deve ser intimado para indicar novo patrono de sua confiança antes de proceder-se à nomeação da Defensoria Pública ou de defensor dativo para o exercício do contraditório.*
2. *Ante a não apresentação das contrarrazões pela advogada constituída - a qual apelou da sentença condenatória e apresentou as razões do recurso -, foi nomeada defensora dativa para o paciente,*

# Superior Tribunal de Justiça

*depois de o oficial de justiça não localizar o endereço dos autos para a realização da sua intimação pessoal.*

3. *Comprovado que o endereço existe - tanto que no local foi realizada a citação pessoal -, deve ser acolhida a tese de nulidade, pois houve prejuízo concreto para o acusado que, sem direito de organizar sua defesa, teve a pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, exasperada para 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, limitando-se o defensor dativo a apresentar as contrarrazões.*

4. *A ausência de intimação pessoal da defensora dativa da sessão de julgamento da apelação fortalece a convicção de malferimento à ampla defesa do réu, por violação do art. 370, § 4º, do CPP. Apesar de ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação, em 2013, sem a indicação das nulidades processuais ou a interposição de recurso especial, o paciente, quando instado a cumprir o título judicial, constituiu novo patrono que, desde então, tem adotado providências para anular o processo.*

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para anular o processo desde a nomeação de defensora dativa ao paciente e para determinar o novo julgamento da apelação, com a prévia intimação do advogado de sua livre escolha para oferecer contrarrazões ao recurso do Ministério Público.*

*(HC 321.219/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 29/10/2015)*

**HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. EXTORSÃO. INÉRCIA DA DEFESA PARA APRESENTAR CONTRARRAZÕES. RÉU NÃO LOCALIZADO NO ENDEREÇO DOS AUTOS. FALTA DE INTIMAÇÃO POR EDITAL PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO ANTES DA NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO.**

**NULIDADE. OCORRÊNCIA. RÉU CITADO PESSOALMENTE NO LOCAL. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORA DATIVA DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PREJUÍZO CONCRETO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. *Constatada a inércia do advogado constituído, o réu deve ser intimado para indicar novo patrono de sua confiança antes de proceder-se à nomeação da Defensoria Pública ou de defensor dativo para o exercício do contraditório.*

2. *Ante a não apresentação das contrarrazões pela advogada constituída - a qual apelou da sentença condenatória e apresentou as razões do recurso -, foi nomeada defensora dativa para o paciente, depois de o oficial de justiça não localizar o endereço dos autos para a realização da sua intimação pessoal.*

# Superior Tribunal de Justiça

3. *Comprovado que o endereço existe - tanto que no local foi realizada a citação pessoal -, deve ser acolhida a tese de nulidade, pois houve prejuízo concreto para o acusado que, sem direito de organizar sua defesa, teve a pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, exasperada para 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, limitando-se o defensor dativo a apresentar as contrarrazões.*

4. *A ausência de intimação pessoal da defensora dativa da sessão de julgamento da apelação fortalece a convicção de malferimento à ampla defesa do réu, por violação do art. 370, § 4º, do CPP. Apesar de ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação, em 2013, sem a indicação das nulidades processuais ou a interposição de recurso especial, o paciente, quando instado a cumprir o título judicial, constituiu novo patrono que, desde então, tem adotado providências para anular o processo.*

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para anular o processo desde a nomeação de defensora dativa ao paciente e para determinar o novo julgamento da apelação, com a prévia intimação do advogado de sua livre escolha para oferecer contrarrazões ao recurso do Ministério Público.*

*(HC 321.219/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 29/10/2015).*

Compartilho deste mesmo entendimento, pois a escolha de defensor, de fato, é um direito inafastável do réu, principalmente se levar em consideração que a constituição de um defensor estabelece uma relação de confiança entre o investigado/réu e seu patrono, violando o princípio da ampla defesa a nomeação de defensor dativo sem que seja dada a oportunidade ao réu de nomear outro advogado, caso aquele já constituído nos autos, permaneça inerte na prática de algum ato processual.

Assim, uma vez verificada a ausência de defesa técnica a amparar o acusado, por qualquer motivo que se tenha dado, deve-se conceder, primeiramente, prazo para que o réu indique outro profissional de sua confiança, para só então, caso permaneça inerte, nomear-lhe defensor dativo ou enviar-se os autos à Defensoria Pública, situação não observada no caso dos autos.

Isso porque o acusado tem o direito de se ver processado de acordo

# Superior Tribunal de Justiça

com o devido processo legal, consubstanciado, dentre outras, na garantia à ampla defesa e ao contraditório previstos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, permitindo-se, assim, o equilíbrio da relação processual e o tratamento isonômico das partes, bem como a própria preservação da imparcialidade do julgador.

Nessa ordem de ideias, no âmbito da garantia à ampla defesa, é assegurado ao acusado o direito de nomear um defensor de sua confiança, nos termos do artigo 263 do Código de Processo Penal, que preconiza que *se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.*

Sobre o assunto, insta destacar o posicionamento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci:

*Escolha de defensor de sua confiança : é direito inafastável do acusado, fazendo parte da ampla defesa. Deve haver uma estreita relação de confiança entre o réu e o profissional destacado para ouvir seus segredos e usar todos os recursos cabíveis para garantir o seu indisponível direito à liberdade. Assim, é natural que, não possuindo defensor, a princípio, cumprindo-se o estabelecido no art. 261, deve o juiz nomear-lhe um, o que não impede, a qualquer tempo, o ingresso no feito de advogado escolhido pelo próprio réu (Código de Processo Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 648).*

Logo, patente o constrangimento ilegal no caso dos autos decorrente da remessa direta do feito à Defensoria Pública diante da inércia do advogado constituído pelo réu sem sua prévia intimação para que, querendo, indicasse outro causídico de sua confiança.

Assim, desconstituindo-se o trânsito em julgado da condenação imposta ao paciente, declaro a nulidade da ação penal n. 0001941-67.2012.8.22.0004 desde a nomeação da Defensoria Pública para atuação no feito, somente em relação ao paciente E.G.S., devendo ser renovados os atos processuais mediante intimação prévia do réu, pessoal ou por edital, para constituição de advogado de sua confiança para atuação no feito e, acaso mantenha-se inerte, que prossiga a ação



# Superior Tribunal de Justiça

penal com a remessa dos autos à Defensoria Pública, e, por conseguinte, resta sem efeito a expedição de mandado de prisão expedido em desfavor do réu nos autos desta ação penal para cumprimento da pena a si imposta, devendo ser colocado, imediatamente, em liberdade, se por outro motivo não se encontrar custodiado.

Ante o exposto, **não conheço do *mandamus* . Concedo, contudo, a ordem de ofício para, desconstituindo o trânsito em julgado da condenação imposta ao paciente, anular a Ação Penal n. 0001941-67.2012.8.22.0004, somente em relação ao ora paciente E.G.S., desde a nomeação de defensor público para atuação no feito, determinando-se que sejam os atos processuais renovados mediante prévia intimação do réu para constituição de advogado para atuação no processo criminal, tornando-se sem efeito o mandado de prisão expedido contra o paciente para cumprimento da pena a si imposta nesta ação penal, devendo ser, imediatamente, colocado em liberdade, salvo se por outro motivo encontrar-se custodiado.**

É como voto.

Comunique-se, com urgência, o Juiz da 1ª Vara Criminal da comarca de Ouro Preto do Oeste.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator

# Superior Tribunal de Justiça

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0041272-0

**HC 389.899 / RO**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00019416720128220004 00118499220148220000 00389527220088220004  
118499220148220000 19416720128220004 201501253670 325196  
389527220088220004

EM MESA

JULGADO: 23/05/2017

### Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário Me. **MARCELO PEREIRA  
CRUVINEL**

### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDNO DAMASCENA DE FARIAS  
ADVOGADO : EDNO DAMASCENA DE FARIAS - MT011134  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA  
PACIENTE : E.G.S.  
CORRÉU : ADRIANO NOBRÉ FERREIRA DE ALMEIDA  
CORRÉU : ADRIANO GONÇALVES WATERKEMPER  
CORRÉU : EDUARDO CARVALHO WATERKEMPER  
CORRÉU : MARCELO DE OLIVEIRA NASCIMENTO  
CORRÉU : WAIRES MONTEIRO DA SILVA AZEVEDO  
ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

# Superior Tribunal de Justiça

Página 18de 18

